

II Jornadas de Investigaciones Socio-jurídicas del Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP.

-Comunicación-

Título: Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso-administrativo: *derechos patrimoniales vs. derechos fundamentales*.

Autor: Pablo Octavio Cabral

Referencia institucional: Proyecto de tesis en desarrollo de la Maestría de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP¹. Línea de investigación del Centro de Investigación en Derecho Crítico (centro en trámite de aprobación).

Breve resumen (150 palabras)

La incorporación al ordenamiento jurídico nacional de normativa internacional de protección de los derechos humanos obliga a los Estados (Nacional y provinciales) a dar garantía de efectividad de los derechos sociales. La Justicia Administrativa es un carril institucional adecuado para el control de la administración pública en el ámbito de las políticas sociales, teniendo aptitud para la efectivización de derechos sociales y la participación ciudadana. Para ello es necesario que el proceso administrativo incorpore tutelas procesales diferenciadas que contemplen la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales. (L. Ferrajoli).

I. Introducción: El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamenta los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presentes². Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia Administración Pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un plazo breve de caducidad o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*.³

¹ El proyecto "Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso-administrativo. Una herramienta para la efectivización de los Derechos Sociales a través del control judicial de las políticas públicas." Director: Dr. Roberto Berizonce. Codirector: Mag. Pablo Giurleo), se encuentra aprobado por **Expte Administrativo UNLP N° 1168/14**. El presente documento es un avance en el marco del referido desarrollo de la tesis de maestría.

² González Pérez, Jesús, "Derecho procesal administrativo hispanoamericano", Ed. Temis, Bogotá, 1985.

³ En el ámbito cautelar, la prerrogativa procesal tradicional se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado. Finalmente, respecto de las

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549⁴ y, respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Todas estas prerrogativas —que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado— se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

II. Desarrollo: Hacia la incorporación de tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante técnicas orgánico funcionales o procesales específicas parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí, el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.

Roberto Berizonce enseña que *"mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva ('primacía de la realidad'), consagración en fin del derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)"*⁵.

III. Fundamento: Las categorías derechos patrimoniales y derechos fundamentales

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales —en tanto universales (de los derechos de

sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad.

⁴ Cassagne, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

⁵ Berizonce, Roberto O., "Tutelas procesales...", cit., ps. 29 y ss.

libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)— y derechos patrimoniales —en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)— que, en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que *"los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar"*⁶, caracterizándolos como derechos subjetivos —intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas—, universales —pertenecientes a todos en condiciones de igualdad— e indisponibles y que *"se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia"*⁷.

Agrega que estos derechos *"pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos"*. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (erga omnes), pudiendo ser dirigidos a todos — como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida— o a determinados sujetos públicos —como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud— y, en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: *"La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles... el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos*

⁶ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

⁷ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 776.

fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa"⁸. Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales, que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de la igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas que garanticen el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque *"mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica"*⁹.

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos), el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales o, por último, las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir, negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias, Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que *"lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las*

⁸ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 718.

⁹ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 718.

*discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar"*¹⁰.

IV. Conclusión.

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales, derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar, mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas, el ejercicio y la efectividad de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. P. ej., el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) ha dicho que "*los Estados parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás*"¹¹.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, "Principia iuris...", cit., p. 75.

¹¹ Observación general 4, párr. 11. Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen como uno de sus objetivos la elaboración, la aprobación, la implementación y el fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Secc. 1ª, párr. 2.